✠

IHS.

LA Iusticia deste pleyto que Alonso de Herrera trata cō don Pedro Cabeça de Baça, vezino de Xerez de la frontera consiste en la resolucion y examen de dos articulos. ¶ El primero si Alonso de Herrera tiene probado el vinculo y mayoradgo de la caualleria de tierra sobre que es este pleyto. ¶ El segundo si don Pedro la a ganado con bastante y legitima prescripcion.

PRIMVS ARTICVLVS.

¶ ANTES de entrar en el examen de la probança que Alonso de Herrera tiene para probar este mayoradgo, ay necessidad primero de dexar resuelto si tuuo obligacion precisa de hazer la por vna de las tres species de probança, que parece dio por forma la ley. 41. de Toro hodie. l. 1. titu. 7. libr. 5. recopila. porque si esta ley necessita a que la probança del mayoradgo se haga por vna de aq̄llas tres formas y maneras podra dezir la parte contraria, q̄ Alonso de Herrera no tiene probado este mayoradgo, porque ni tiene presentada escriptura publica de la institucion del, ni tāpoco testigos que depongan del tenor della en la forma que el derecho requiere q̄ es con muchos requisitos y circunstancias de quibus late per scribentes ibi, præsertim Anto. Gom. nume. 3. Castell. & Matienc. vterq; gloss. verb. del tenor, dira tambien que no tiene probada possession immemorial, que es la tercera specie de la ley, asi por ser el mayoradgo moderno, y constar de su principio, como porque la parte contraria, y su padre an estado en contraria possession, casi desde el tiempo de su institució de que no se duda por las partes. Verum omissa disputatione, la cōtraria opinion saltem

en mayoradgo qui non est confectus regia licentia, es mas verdadera y comun de todos los Doctores de España, que con madura consideració y exprofesso an escripto sobre esta ley, videlicet, que el mayoradgo se puede probar no solamente, por aquellas tres species de probança, pero por otras qualesquier q̃ el derecho aliàs tenga por bastantes, primus omnium tenuit conclusionem istam Anto. Gom. in. d. l. 41. nume. 2. Molin. de Hispañ. primoge. c. 8. nu. 1. &. 10. cum sequentibus libr. 2. Albarus Baez de iure emphiteo. 1. part. quæst. 7. num. 1. in fin. Burgos de Paz latissimè post Menchac. in quæstionibus ciuilibus quæst. 2. num. 19. cum multis seqq. latius. Idem author. quæst. 4. per totam Albarado de coniectur. mente defunct. libr. 2. c. 2. in prin. num. 5. versi. nec obstat. l. 41. Matienc. in. d. l. 1. titu. 7. libr. 5. recopila. glossa por la escriptura, & gloss. sequenti in fine, he alegado tan particularmente todos estos Doctores por no se auer alegado los vnos a los otros, y porque in indiuiduo todos ellos, y particularmente Molina, y Burgos de Paz trataron latissimamente las razones y fundamétos desta opinion, apud quos videri poterũt, quia latissimè agunt adeo, vt non sit locus relictus latius procedendi. ¶ Resuelto que Alonso de Herrera no esta estrechado a probar este mayoradgo por solas las probanças que la ley 41. de Toro refiere, resta agora examinar si las que tiene son bastátes para probarlo, y todas ellas diuididas de por si se resueluen en cinco.

¶ La primera es de dos testigos de vista que se hallaron presentes a la institucion y fundacion deste mayoradgo examinados, y ratificados en plenario juyzio con la parte contraria, qui duo testes solent semper alias plene probare iuxta tex. in. l. vbi numerus cum similibus. ff. de testibus, & licet in probando fideicommisso plures testes, quanduo requirantur, tamen cum in testamento nuncupatiuo fideicommissum hoc fuerit relictum in quo tres solummodo testes requiruntur iuxta tex. in. l. 1. titu. 4. libr. 5. recopilla. negari nõ potest quin saltem plusq̃ semiplene per istos duos testes nostrum fideicommissiũ extet probatum, præmaximè, quòd in probando fideicommisso legati, non tanta solennitas solet desiderari, quam in probatione institutionis hæredis, iuxta tex. in. l. fin. C. de fideicommiss. secundum intellectum traditum à Xuarez in tracta. de captato. voluntate. nume. 19. in fine quem & Padillam refert, ac sequitur Albarado de coniectur. mente. libr. 1. c. 3. nume. 5.

¶ Lo segundo se prueua este mayoradgo por otros cinco testigos de vista

de vista presentados por el padre de Alonso de Herrera en la informacion que hizo ad perpetuam el año de.48. los quales aũque no hazen plena probança por no se auer examinado citada la parte contraria secundum Abbatem in.c.causam.num.7.de dolo & contum.Felin.in.c.Albericus.num.2.de testibus pero saltem semiplena probança, es sin duda que la hazen, mayormente estando muertos y abonados, secundum Bart.Bald.Alexandrum & alios & latissime omnium Iaso in.l.admonendi.2.lectura.num.26.ff.de iur.iur. Hypolit.post alios singula.276.num.7. Felin. in.c. causamque. nu. 18.de testibus Ruynus.consi.92.num.15. volum.4.& consi.14.num. 1.volum.2.

¶ Lo tercero se prueua este mayoradgo por mucho numero de testigos que deponen auer auido en la dicha ciudad de Xerez, asi a el tiempo quel mayoradgo se hizo, como despues aca, publica boz e fama y comun opinion de que el bisabuelo del actor auia instituydo y hecho mayoradgo desta caualleria, y que se tuuo por mucha inconsideracion y atreuimiento la compra y venta que della se hizo por ser tales bienes vinculados y de mayoradgo, testes autem de fama faciũt etiá semiplenam probationem iuxta glo. in. l. 3.§.eiusdem. ver. confinia. ff. de testib. cum infinitis alijs à Iasone relatis in.d.l.admonendi.2.lectura. nu. 242.versi.tangit etiam hic cum multis seqq. qui post Bart. & alios scribentes ibi, cõclusioné istá latissime defensauit, quod & fecit etiam eius cõtemporaneus Felinus in.c.veniens el.1.versi.prima conclusio, de testibus. Quinimo testes de fama, plene probare, in rebus antiquis, probauit etiá idem Iaso ibi, post Innocenc.Bald.Imol.Alexand.Areti. & alios late Bertrand.consi.207.num.7.lib.2. & confirmabitur ex dicendis infra in fine huius articuli.

¶ Lo quarto se comprueua este mayoradgo por la possession continuada que los successores en el an tenido desde que se fundo en los demas bienes de que los testigos dizen se hizo tambien mayoradgo que an sido quatro successores sin auer reclamado ni contradicho ninguno de los otros herederos que pudieran tener derecho siendo bienes partibles, la qual possession presupuesto el derecho vniforme que ay en todos los bienes, y la falta de escriptura q̃ a auido en todos ellos, es de grandissima consideracion, y adminiculo para la probança que pretendemos, arg. tex.cum materia in. l.si quis cum totum.§.& generaliter.cum.l.sequenti.ff.de exceptione rei iudic.

 ¶ La

hazen plena probança por no se auer examinado citada la parte contraria no hazen probança

¶ La quinta y vltima comprobacion, y a mi entendimiento la mas fuerte, y efficax deste mayoradgo es, la scriptura de seguridad otorgada por Alonso de Cabra vendedor, primero llamado a este vinculo, hecha en fauor delcōprador diez o doze dias despues de otorgada la escriptura de venta, cuya substancia creo no se entendio bien quando se vido en la sala, porque en esta escriptura no se dudo por las partes de que esta caualleria fuesse vinculada y de fideicommisso como alli se apunto, antes se puso y assento en esta escriptura por cosa muy cierta y sin duda que la caualleria era vinculada, vt statim per verba eiusdem instrumenti reddemus notorium, lo que se dudo por las partes otorgantes fue si los llamados a el vinculo y mejoria destas tierras las pedirian en algū tiempo, y esto quisieron preuenir y assegurar, hypotecando y dando el vendedor a el comprador en resguardo, y seguridad de la vendida, otra caualleria y media de tierra, o vn censo perpetuo de ocho mil marauedis en cada vn año que a el vendedor le auia de cauer para su legitima en los otros bienes q̃ estauan en diuision y particion con los otros sus hermanos, hijos y herederos del fundador. Y que los contrayentes pusiessen por cosa cierta y llana en esta escriptura, y no dudassen ser la caualleria de que se trata bienes vinculados y de fideicōmisso parece de la mesma escriptura, ibi. *E digo que por quanto yo vos oue vendido y vendi vna caualleria, y siete arãçadas, y tres quartas de tierras que yo auia e tenia en el pago de añina termino desta ciudad que fue del jurado Alonso de Cabra mi padre, que an por linderos de la vna parte tierras de Ana de Ordiales, y de la otra parte tierras de herederos de don Iuan de la Cueua, por precio y a razon de quarenta y cinco mil marauedis la caualleria, segun que mas largamente se contiene en la escrtptura de venta que dello passo, e yo vos hize, e otorgue ante y en presencia de Luys de Llanos escriuano publico del numero desta dicha ciudad ante quien esta carta es otorgada, y porque en el testamento y postrimera voluntad quel dicho jurado Alonso de Cabra mi padre hizo y otorgo me mando de mejoria de mas de los bienes que de su legitima me pertenescian auer y heredar, veynte cabizes de pan de renta en cada vn año, los quales yo ouiesse, y tomasse en las tierras que yo el dicho Alonso de Cabra despu es del fallecimiento del dicho mi padre señalasse en que los tuuiesse, como mas largamente esta escripto, y se contiene en el testamento del dicho mi padre, y por que la dicha vna caualleria y siete arançadas y tres quartas de tierras que asi yo vos vue vendido, son del dicho mi padre, y de los bienes que dexo a el tiempo de su fallescimiento, yo vos la tengo vendida a vos el dicho Pedro de Benabente, y en algun tiempo los otros herederos del dicho Iurado Alonso de Cabra mi padre, o las otras personas a quien pertenesce la dicha mejoria de los dichos veynte cabizes de pan de renta despues de los dias de mi vida se po-*

se podria opponer a la venta de la dicha vna caualleria, y siete arançadas y tres quartas de tierra de suso contenidas, diziendo pertenescerle por la dicha mejoria, y porque la dicha venta sea firme e valedera agora y para siempre jamas, yo el dicho Alonso de Cabra por esta presente carta desde agora para entõces, y dende en adelante para siempre en lugar, y por la dicha vna caualleria. y siete arançadas y tres quartas de tierra que assi vos e vendido, yo nombro, y señalo vna caualleria, y media de tierra de las tierras que yo el dicho Alonso de Cabra tengo y me pertenecen por herencia y succession del dicho mi padre de las que quedaron y fincaron del dicho mi padre y estan indiuisas y por partir con los otros mis hermanos, y con ocho mil marauedis de censo, y tributo perpetuo en cada vn año para siempre jamas de los tributos que el dicho jurado Alonso de Cabra mi padre dexo, y por su herencia me pertenecen auer y heredar y fueren declarados en la particion de los bienes del dicho mi padre fuere fecha entre mi el dicho Alonso de Cabra, y los otros mis hermanos, y herederos del dicho mi padre, para que la dicha vna caualleria y media de tierras, y de los dichos ocho mil marauedis de censo y tributo perpetuo esten vinculados e obligados, y hipothecados, y los obligo hypoteco, y los vinculo a la dicha mejoria por razon y en lugar de la dicha vna caualleria, y siete arançadas y tres quartas de tierras que assi yo vos e vendido segun y en la manera, y como se cõtiene en el testamnto del dicho mi padre en lo tocante a la dicha mejoria de los dichos veynte cahizes de pan de renta, para que si en algun tiempo a vos el dicho Pedro de Benauente o a vuestros herederos e successores vos fuere quitada la dicha vna caualleria y siete arançadas y tres quartas de tierra por razon del dicho vinculo y de la dicha mejoria, yo el dicho Alonso de Cabra desde agora para entonces dende en adelante para siẽpre jamas doy a vos el dicho Pedro de Benauente por la dicha caualleria, y siete arançadas, y tres quartas de tierras, &c. No se por cierto señor con que palabras mas claras q̃ las referidas, pudieran los contrayentes en fauor de los llamados declarar y afirmar el fideicommisso destas tierras particularmente por escriptura hecha en fraude del, de las quales palabras se infieren a mi entendimiẽto quatro cosas con grandissima llaneza y de importancia para este pleyto.

¶ La primera auer auido el fideicommisso y mayoradgo que se va probando en este articulo, el qual se collige y prueua con euidencia por toda la contextura y relacion referida. en la qual demas de que por palabras ciertas y affirmatiuas confiessa el vendedor auer quedado esta caualleria de tierras vinculada, se collige tambien cõ la misma llaneza del tenerla, y posseerla ya el vendedor diuidida y apartada de los otros bienes y herencia que estauan por diuidir de su padre, y auian quedado del para pagar las legitimas del mismo vendedor y de los otros sus hermanos, presupuesto que todos los

dichos bienes,assi la cauallería como los de las legitimas auian q̃dado a el tiempo de la fin y muerte del dicho fundador, vt probatur ibi, *y porque las dichas tierras que assi os oue vendido son del dicho mi padre de los bienes que dexo a el tiempo de su fin y muerte*, & infra ibi, *yo nombro y señalo vna caualleria, y media de tierra de las tierras que yo el dicho Alonso de Cabra tengo y me pertenescen por herencia y succession del dicho mi padre de las que quedaron del suso dicho que estan indiuisas, y por partir con los otros mis hermanos.* Por manera que lo que quiero dezir es, que aunque esta caualleria quedo tambien por bienes del padre del vendedor a el tiempo de su fin y muerte, pero por ser particular de la mejoria, y fideicōmisso la tenia ya conoscida, y diuidida de los otros bienes estando todos los demas restantes de las legitimas por partir y diuidir entre el y los demas coherederos, y aunque estas palabras y las demas de la escriptura referidas las quiera la parte contraria llamar enunciatiuas hazé sin duda entera fe y prueua, perse emissa, & prolata per modum causæ, ac principaliter propter se, ita Bart. Alex. Corneus Decius Aret. Ruin. Parisi. Crauet. & alij à Cephalo latissime relati consi. 468. num. 50. lib. 4. præsertim cum agamus de re antiqua, & eius probatione, secundum eundem Cephalum. cōsi. 458. num. 55. eod. lib. vbi latissime agit. eleganter, Natta qui etiam late prosequitur consi. 283. num. 8. lib. 2. res autem nostro in casu dicitur antiqua, è lapsis triginta annis, secundum veriorem opinionē relatá à Craueta de antiquitat. tempor. 1. part. §. viso. fo. 95.

¶ Lo segũdo que se infiere desta escriptura, es questa caualleria no pertenescia a la legitima del vendedor, ni en fuerça della la pudo vender, porque se le auia hecho mejoria della, demas y aliende de los otros bienes que auian quedado para su legitima, como paresce del principio de la misma escriptura ibi, *me mãdo de mejoria de mas de los bienes que de mi legitima me pertenescian auer, y heredar.*

¶ Lo tercero que se infiere es, que esta escriptura se hizo de consentimiento del comprador, padre de la parte contraria y con acceptacion suya, pues se hizo en su presencia, y casa, vt Angel. profitetur consi. 183. num. 3. cuius opinio vera & communis est secundū plures relatos à Molina. de primog. 2. par. libr. 4. c. 2. nume. 76. lo qual es de grandissima importancia para el articulo siguiente de la prescripcion, respecto de la mala fee en que por esta escriptura quedo el comprador padre y auctor de la parte contraria.

¶ Lo quarto y vltimo se infiere, y resulta desta escriptuta, el poco daño que la parte contraria interesa y recibe, de que se le saquen estas tierras por este derecho, pues le queda bastante seguridad, y resguar-

resguardo con caballeria y media de tierras, y censo perpetuo que el vendedor hypotheco y obligo para el caso en que estamos, como parece de la dicha escriptura. ibi, *para que si en algun tiempo a vos el dicho Pedro de Benabente, y a vuestros herederos, y successores os fuere quitada la dicha caballeria, y siete arançadas, y tres quartas de tierra por razó del dicho vinculo de la dicha mejoria, yo el dicho Alonso de Cabra desde agora para entonces, y dende en adelante para siépre jamas doy a vos el dicho Pedro de Benabente, &c.* A la qual seguridad y bienes della, solo puede tener y tiene derecho la parte contraria, y no Alonso de Herrera, por auer sido la hypotheca, y obligacion condicional, videlicet el dia, y quádo le sacassen a el vendedor las dichas tierras, y assi hasta que se las saqué no nasce action contra los bienes hypothecados iuxta tex. in. l. quibus diebus. §. 2. ff. de condi. & demonst. cum similibus, y assi en ninguna manera Alonso de Herrera podia ni puede tener derecho a ellos, porque para tenerlo, y nascer action, aun en fauor de la parte contraria es menester, que obtéga contra el Alonso de Herrera por ser estonces el dia, y cumplimiento de la condicion.

¶ Tandem redeundo, à quo digressi fuimus, en resolucion y remate deste articulo, digo que en todo acontecimiéto quando por cada specie de probança de las cinco referidas no estuuiesse probado, ni se probasse este mayoradgo, saltem con todas ellas juntas es cosa llana, y sin duda que se prueba bastante, y plenariamente, cum quælibet de per se ad minus faciat semiplenam probationé, & quòd isto in casu coniungantur species iste probationem, resoluit post alios latissime Iasso in. l. admonendi. 2. lectura nume. 253. cum multis sequentibus. ff. de iure. iur. Anto. Gom. vbi infinitos refert. 3. Thom. de delict. c. 12. de probatio. delictorum. nume. 26. versi. secus tamen est in ciuilibus, quæ conclusio in rebus antiquis & earum probatione, est indubitatissima, secundú Franci. de Aret. consi. 42. nu. 2. vbi plene agit, latè Vincen. de Franq. decissione. 56. nu. 20. & . 21.

SECVNDVS ARTICVLVS.

¶ Presupuesta la probança deste fideicómisso, como queda resuelta enel articulo passado. Resta examinar en este, si el reo tiene acquirida, y ganada esta caballeria mediante legitima prescripcion, & in hoc immorandum non est, por dos razones.

¶ La primera, porque para parar perjuyzio prescripcion a el actor el qual es menor, y pidio los bienes luego que vino el dia de su lla-

mamiento, era menester que fuesse immemorial, ex latè tradditis à Molina. 2. part. lib. 4. c. 10. præsertim. nu. 10.

¶ La segunda, porq̃ como se apunto en la tercera illacion del articulo passado, el padre del reo, y comprador desta cavalleria, tuvo noticia cierta de que era vinculada y de fideicõmisso, por la escriptura referida en la quinta specie de probança de aquel articulo, porq̃ cõ su presencia fue visto acceptarla, prout in dicta illatione fuit ostensum, hæc tamen mala fides authoris, sine dubio nocet hodierno possessori. sequentibus. ¶ Primo quia agimus de mala fide vera, & non præsumpta, quæ continuatur ac transit in vniuersalem successorem, secundum Balb. latissimè agentem de præscriptio. 3. par. quæst. 12. nu. 12. versi. breuiter cõmunis opinio. ¶ Secũdo quia reus hic vtitur accessione primi possessoris, & sic nocet sibi prædicta mala fides, secũdũ prædictũ authorẽ ibi. nu. 11. ¶ Tertio, quia prædictus reus est filius, & hæres primi possessoris, & hoc titulo, filij sui, & hæredis, rem istam acquisiuit, quo in casu non vsu capere vnq̃ pro hærede, stante mala fide patris notissimi iuris est. ex. l. 1. & 3. C. de vsucapio. pro empt. ¶ Quarto & vltimo, quia in specie casus nostri in præscriptione, videlicet, bonorũ maioratus resistit necessario. omnibus successoribus primi authoris mala fides, ex ratione adducta, à Molina. lib. 2. c. 6. nu. 71. versi. illud tamen quod autem in casu nostro primus author malam fidem habuerit, ex multis probatur, primo ex confectione, quam venditor fecit in prædicto instrumento securitatis, per quam mala fides vera induci solet ex eod. Molina. d. c. 6. libr. 2. nu. 73. ¶ Secundo, ex probatione famæ, de qua supra egimus in. 3. specie probationis primi Articuli prout tenet latè Balb. in repe. l. cellsus. ff. de vsu capio. 3. par. num. 17. cum seqq. Et tandem ex alijs plerisq; causis ab eodem authore singulatim ibi relatis quæ omnes in casu nostro concurrunt, quas recẽsere, ac referre, nec minus prolixum esset, quam superfluum, stante prædicto instrumento securitatis, & subrrogationis ex quo prædicta mala fides notorie resultat, prout considerari, & iudicari speratur Salua, &c.

LAVS D. O. M.